



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.951 - MG (2010/0214270-4)

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VANESSA MARTINS FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. É possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte. No caso em tela, o regime mais brando mostra-se adequado, tendo em vista tratar-se de pena inferior a 4 anos (1 ano e 11 meses e 10 dias de reclusão), levando-se em conta que a reprimenda básica foi fixada no mínimo legal, ante a existência de circunstâncias judiciais favoráveis à paciente.

2. Desde o julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.

3. Confirmando esse entendimento, no julgamento do HC nº 97.256/RS, o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 11.343/2006 que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas.

4. **Habeas corpus** concedido para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 10 de maio de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.951 - MG (2010/0214270-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Vanessa Martins Ferreira, condenada por tráfico de drogas, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 195 dias-multa, em regime fechado, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou provimento ao apelo defensivo.

Busca a impetração a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena privativa, bem como a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida à fl. 86.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 92/96), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.951 - MG (2010/0214270-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho que a ordem comporta concessão.

Disse o Juiz de primeiro grau, no que interessa:

*"Em relação à ré Vanessa Martins Ferreira:
Igualmente atento à sua culpabilidade intensa; ao antecedentes criminais da denunciada, que não apresentam registros, fls. 129; à sua conduta social até então normal; à sua personalidade formada; aos motivos indesculpáveis, já que visava o ganho fácil; às circunstâncias do crime próprias do tipo penal em apreço; às consequências graves para a saúde pública; bem como ao comportamento da vítima, no caso a própria sociedade, que em nada contribuiu para o crime, FIXO A PENA BASE em 05 (cinco) anos de reclusão e no pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época dos fatos. Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Por outro lado, tendo em vista a causa de aumento de pena prevista no inciso III, do artigo 40, da Lei 11.343/06, AUMENTO as penas em 1/6 (um sexto), passando-as para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e para 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Por outro lado, em face da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, DIMINUO as penas em 2/3 (dois terços), passando-as para 01 (um) ANO, 11 (onze) MESES e 10 (dez) DIAS de reclusão e para 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, já fixado seu valor, tornando-as em definitivo. A pena de reclusão será cumprida por Vanessa, em estabelecimento prisional do Estado em regime inicialmente fechado, na esteira do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela novel Lei 11.464/07, que dispõe que: ' A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado'. " (fls. 25/26)*

O Tribunal de origem, por sua vez, assim se manifestou:

*"Improcede o pedido de abrandamento do regime prisional.
De início, cumpre esclarecer que o tratamento do crime de tráfico*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com aplicação da causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 como 'tráfico privilegiado', além de equivocada do ponto de vista técnico, não transmuda a natureza hedionda do delito.

Totalmente errônea a analogia com o privilégio previsto no § 1º do art. 121 do Código Penal (homicídio privilegiado) para amparar o pleito, não lhe assistindo razão.

É que a figura do privilégio, naquele caso, decorre de um ânimo especial do réu no momento da prática do crime, tratando-se de circunstância subjetiva, de cunho íntimo do agente, situação totalmente diversa em relação aos requisitos previstos para aplicação da referida causa de diminuição, que dizem respeito a antecedentes, reincidência, ausência de envolvimento em outros crimes e participação em organização criminosa, ou seja, circunstâncias pretéritas e não relacionadas ao delito examinado. Assim, não há falar em privilégio de forma a modificar a natureza hedionda do tráfico de drogas, incidindo sobre ele as vedações previstas na Lei nº 8.072/90, inclusive, a imposição do regime inicialmente fechado trazida pela Lei nº 11.464/07, observando-se que o delito foi praticado em 03 de julho de 2009.

(...)

Assim, fica mantido o regime prisional fixado.

O pleito de substituição da pena e/ou concessão do sursis encontra óbice legal no art. 33, da Lei nº 11.343/06, que veda a substituição aos beneficiados com a referida diminuição de pena, nada havendo que ser concedido.

O dia-multa ficou circunstanciado no mínimo legal.

Por tudo exposto, nego provimento ao recurso interposto por Warlem de Castro Silva e Viviane de Castro Silva e dou parcial provimento ao apelo aviado por Vanessa Martins Ferreira e Cristiano Góis de Azevedo, restando:

(...)

*Vanessa Martins Ferreira condenada incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06, apenada com 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 195 dias-multa, no valor unitário mínimo (...)." (fls. 71/73)*

Como se percebe, o regime prisional fechado foi fixado essencialmente em razão do disposto no dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, em dissonância com o entendimento sufragado pela Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, no sentido de não ser razoável a sua aplicação literal, eis que alheio às particularidades do caso concreto, sendo mister a observância do princípio da individualização da pena.

No caso, considerando a primariedade da paciente, as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais favoráveis, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, bem como a quantidade de pena corporal imposta - 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão -, levando em conta, ainda, não ser grande a quantidade de droga apreendida, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto.

São os nossos precedentes:

A - "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N.º 11.343/06. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. RÉU PRIMÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NEM QUE SE DEDIQUE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INCIDÊNCIA. 3. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Em sendo o acusado primário, sem antecedentes desabonadores, e não se comprovando qualquer participação do paciente em organização criminosa ou de sua dedicação à atividade criminosa, é de ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

3. A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição, reduzindo a pena aplicada, e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. Mantida as demais cominações estipuladas no acórdão." (HC nº 154.570/RS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 10/5/2010.)

B - "HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva." (HC nº 128.889/DF, Relator o Desembargador convocado **CELSO LIMONGI**, DJe de 5/10/2009.)

De outro giro, muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no **Habeas Corpus** nº 120.353/SP, a partir do julgamento do **Habeas Corpus** nº 118.776/RS, realizado em 18/3/2010, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas.

Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC nº 176.919, cujo acórdão, publicado em 13/12/2010, ficou assim resumido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

3. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Considerando a pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, bem como a primariedade e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a substituição é medida que se impõe.

5. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; de outro lado, substitui-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana."

(HC nº 176.919/DF, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 13/12/2010)

Confirmando esse entendimento, no julgamento do HC nº 97.256/RS, o pleno Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Nova Lei de Drogas que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos para condenados por tráfico sob a égide da Lei nº 11.343/2006. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

*5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente." (HC nº 97.256, Relator o Ministro **AYRES BRITTO**, DJe de 15/12/2010.)*

Desse modo, acompanhando os recentes julgados desta Turma e do Supremo Tribunal Federal, entendo que deve ser fixado o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como, preenchidos os requisitos legais, ser devida a substituição da sanção corporal imposta à paciente por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Ante o exposto, concedo o **habeas corpus** para estabelecer o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, a serem implementadas pelo Juízo da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0214270-4

HC 190.951 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024095148367 24095148367

EM MESA

JULGADO: 10/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : WILIAM RICCALDONE ABREU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VANESSA MARTINS FERREIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.